



DETERMINA Fascicolo n. GU14/390877/2021

DEFINIZIONE DELLA CONTROVERSIA XXX - 1Mobile (Compagnia Italia Mobile XXX)

IL RESPONSABILE DELLA STRUTTURA

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante: “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante: “Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante: “Codice delle comunicazioni elettroniche”;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 696/20/CONS;

VISTA la delibera n. 203/18/CONS, del 24 aprile 2018, recante “Approvazione del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 390/21/CONS;

VISTA la delibera n. 73/11/CONS, recante “Regolamento in materia di indennizzi applicabili alla definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche”, di seguito denominato Regolamento sugli indennizzi, come modificata da ultimo dalla delibera n. 347/18/CONS;

VISTO l’Accordo quadro vigente tra l’Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome;

VISTA l’istanza dell’utente XXX, del 08/02/2021 acquisita con protocollo n. 0067483 del 08/02/2021

Vista la relazione istruttoria del Responsabile dell’istruttoria;

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

L'istante lamenta la mancata conferma del consumo illimitato dei dati della SIM e quanto già esposto in sede di conciliazione con UG/342474/2020. In particolare nell'istanza introduttiva ha fatto presente quanto segue. a) di aver attivato nel mese di luglio 2020 per la SIM numero 377 - 373XXXX l'opzione "Giga Unlimited Reward"; b) di aver sottoscritto l'offerta per la necessità di avere giga byte illimitati per la didattica a distanza durante il periodo di emergenza sanitaria da Covid-19, per sua moglie e per i suoi figli oltre che per poter usufruire di servizi come Netflix, SkyGo, Amazon Video, DAZN ed altri; c) che l'offerta è stata pubblicizzata e venduta come "illimitata" ma che illimitata non è stata; d) che tale offerta poteva essere attivata anche in una zona dove ancora è assente la copertura fibra; e) nonostante l'offerta illimitata è arrivato un messaggio dell'operatore che anticipava il blocco dell'offerta per aver superato un limite qualificato di "ossimoro" ; f) che la suddetta SIM è stata bloccata dal gestore più volte nel corso dei mesi perché non vi è stato un uso lecito e corretto ed un uso per finalità diverse dall'uso personale in violazione delle Condizioni generali di contratto; g) che ai sensi dell'art. 4.5 delle Condizioni generali di contratto, l'uso personale lecito dei dati viene calcolato in automatico dal sistema, in base al consumo medio di altri clienti che hanno offerte omogenee o analoghe e precisamente pari al triplo del consumo medio; h) che il suddetto parametro risulta arbitrario e non definito e per tale motivo l'operatore manca di trasparenza contrattuale; i) che tali valori non sono presenti neanche nell'App messa a disposizione dall'operatore e che, pertanto, l'istante non ne era a conoscenza; j) di aver reclamato il disservizio al Servizio Clienti con promessa di essere richiamato per un riscontro, riscontro che non è mai avvenuto. k) che pertanto, in assenza di riscontri da parte dell'operatore, l'istante si è attivato presso il Corecom Marche.

In base a tali premesse, l'istante ha chiesto quanto segue: 1) rimborso indennizzi pari ad euro 1.000,00 (mille/00) anche a ristoro di applicazioni di condizioni contrattuali diverse da quelle pattuite e alla mancata trasparenza; 2) riattivazione immediata della SIM dati con il consumo illimitato come da opzione attivata.

Il gestore telefonico 1Mobile (Compagnia Italia Mobile XXX), correttamente convocato all'udienza di discussione del 28 luglio 2021, non si è costituito nel presente procedimento con memoria difensiva, né depositando documenti a supporto della propria posizione, salvo le Condizioni Generali di Contratto depositate in fase di conciliazione. Ha partecipato all'udienza di discussione.

Preliminarmente si osserva che l'istanza soddisfa i requisiti di ammissibilità e procedibilità previsti dall'articolo 14 del Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione elettroniche ed utenti (di seguito Regolamento) ed è pertanto proponibile ed ammissibile. Si osserva, inoltre, che l'istante ha avanzato una richiesta di rimborsi o indennizzi pari ad euro 1.000,00 (mille/00) per i disservizi ricevuti. A tal riguardo si rileva che, ai sensi dell'articolo 20, commi 4 e 5, del Regolamento, l'oggetto della pronuncia esclude ogni richiesta risarcitoria ed è viceversa limitato agli eventuali indennizzi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere Agcom; ne consegue che l'Autorità non ha il potere di accertare il risarcimento dei danni perché oggetto della pronuncia riguarda esclusivamente la liquidazione d'indennizzi o il rimborso/storno di somme non dovute.

Peraltro, in applicazione dei criteri di efficienza e ragionevolezza dell'azione la richiesta di risarcimento danni, può essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, evidenziando altresì, che il riconoscimento del maggior danno possa essere ottenuto innanzi all'Autorità giudiziaria competente. Pertanto, ogni richiesta risarcitoria deve essere intesa come richiesta di indennizzi per i disservizi patiti, potendo l'utente agire in via giudiziaria per il maggior danno.

Nel merito, alla luce di quanto emerso nel corso dell'istruttoria le richieste avanzate dall'istante possono trovare accoglimento nei limiti di seguito specificati. L'istante deduce di aver attivato per la SIM numero 377 - 373XXXX l'opzione "Giga Unlimited Reward" dell'operatore 1Mobile pensando di usufruire di una navigazione illimitata durante il periodo di emergenza sanitaria da Covid-19 ai fini della didattica a distanza. Riscontrava poco dopo, la sospensione dell'offerta per aver superato i limiti di utilizzo a scopo personale previsti dalle Condizioni generali di contratto. Nel corso dei mesi, la suddetta SIM a seguito delle ricariche mensili veniva riattivata ma poi, successivamente bloccata dal gestore sempre perché veniva rilevato un uso non lecito e corretto ed un uso per finalità diverse da quello personale in violazione delle Condizioni generali di contratto. Dopo aver reclamato telefonicamente al Servizio Clienti senza chiarimenti circa l'uso previsto dalle Condizioni generali di contratto decideva di inoltrare istanza alla presente Autorità per chiedere ristoro dei disservizi patiti.

Il gestore telefonico 1Mobile (Compagnia Italia Mobile XXXI), non si è costituito nel presente procedimento con memoria difensiva, né ha depositato documenti a supporto della propria posizione. Ha partecipato all'udienza di discussione del 28 luglio 2021 chiarendo che, in base alle Condizioni generali di contratto depositate nella prima fase della conciliazione, l'offerta era stata sospesa poiché il traffico aveva superato i parametri previsti dall'articolo 4.5 delle Condizioni generali di vendita. In base ai principi generali sull'onere della prova in materia di adempimento di obbligazioni, si richiama il principio più volte affermato nella consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. SS.UU n. 13533 del 30 Ottobre 2001, Cass 9 Febbraio 2004 n. 2387, Cass 20 Gennaio 2010 n. 936), secondo il quale il creditore che agisce per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento o che l'inadempimento è dipeso da cause a lui non imputabili ex art. 1218 c.c., ovvero da causa specifiche di esclusione della responsabilità previste dal contratto, dalle condizioni generali di contratto o dalla carta servizi. Nel caso di specie, a fronte della allegazione della circostanza dell'inadempimento dell'operatore 1Mobile (sospensione dell'offerta dell'opzione "Giga Unlimited Reward" in violazione del traffico dichiarato illimitato), l'operatore convenuto si è difeso sostenendo semplicemente la violazione da parte dell'utente degli standard previsti dalle Condizioni generali di contratto e quindi per utilizzo personale non lecito. Lo stesso operatore a fronte delle suddette affermazioni, non ha però prodotto alcuna prova documentale, circa l'utilizzo anomalo della connessione internet e del traffico dati effettuato dal ricorrente. In particolare l'operatore non ha dato prova che l'uso della SIM è avvenuto con modalità diverse da quelle personali né ha dato prova del superamento dei ragionevoli limiti di utilizzo a scopo personale previsti dall'articolo 4.5 delle Condizioni generali di contratto depositato agli atti. Inoltre in assenza di qualsivoglia allegazione e deduzione da parte dell'operatore sul punto, trova applicazione il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c. in virtù del quale "il giudice deve porre a fondamento della decisione ... i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita". Ne consegue che, in assenza di qualsiasi prova contraria da parte dell'operatore, e in assenza di concreta contestazione circa i fatti dedotti dall'istante, sussiste in capo all'operatore una responsabilità contrattuale ex art. 1218 cod. civ. che fa sorgere il diritto in capo all'utente alla restituzione di tutte le ricariche pagate nel corso dei mesi per l'opzione "Giga Unlimited Reward" pari ad euro 14,99 (quattordici/99), come dai dettagli dell'offerta depositata agli atti da parte istante, a decorrere dalla presentazione dell'istanza di conciliazione (22 ottobre 2020).

Di fatto l'utente ha pagato l'opzione "Giga Unlimited Reward" senza averne usufruito poiché continuativamente sospesa dall'operatore come si evince dall'UG presentato il 22 ottobre 2020 (UG/342474/2020), dagli "screenshot" sulla sospensione dell'offerta e il blocco della navigazione avvenuti in data 21 gennaio 2021 e in data in data 25 novembre 2021, oltre a successive sospensioni non precisamente reclamate ma confermate nel GU14/390877/2021. L'istante ha altresì diritto alla liquidazione dell'indennizzo per le plurime sospensioni poste in essere dall'operatore, che viene liquidato in via equitativa nella misura di euro 100,00 (cento/00), poiché l'utente pur non avendo segnalato per iscritto il disservizio subito dall'operatore ha reclamato telefonicamente al Servizio Clienti la sospensione della connessione ed avviato tempestivamente la procedura di conciliazione con l'UG/342474/2020 del 22 ottobre 2020, senza ricevere alcun chiarimento sull'applicazione dell'art. 4.5 delle Condizioni generali di contratto nonostante il particolare periodo dell'emergenza sanitaria da Covid-19. L'indennizzo è liquidato in via equitativa poiché l'istante non ha fornito prova della continuità della sospensione ma ha depositato agli atti lo "screenshot" del blocco dell'offerta avvenuta in data 21 gennaio 2021 e in data 25 novembre 2021, oltre alle altre sospensioni evidenziate nel corso dell'udienza di discussione. Le suddette motivazioni si collegano all'ulteriore eccezione dall'istante circa la mancata trasparenza contrattuale dell'offerta promessa e cioè la "navigazione illimitata" rispetto alle Condizioni generali di contratto che prevedevano il "blocco della navigazione" dopo un consumo di traffico dati legato ad un parametro arbitrario e non definito chiaramente all'art. 4.5 delle Condizioni generali di contratto.

Al riguardo non può non rilevarsi che l'offerta è stata pubblicizzata e venduta come "illimitata" ma che illimitata non è stata, che la SIM numero 377 – 373XXXX è stata bloccata dal gestore più volte nel corso dei mesi perché non vi è stato un uso lecito e corretto ed un uso per finalità diverse dall'uso personale in presunta violazione dell'art. 4.5 delle Condizioni generali di contratto, che tale articolo calcola l'uso personale lecito dei dati un automatismo dal sistema, in base al consumo medio di altri clienti che hanno offerte omogenee o analoghe e precisamente pari al triplo del consumo medio e che, pertanto, il suddetto parametro risulta arbitrario e non definito e per tale motivo l'operatore ha mancato di trasparenza contrattuale.

Tale comportamento messo in atto dall'operatore, rappresenta non solo un difetto di comunicazione tra le parti contrattuali ma una mancanza totale, di ascolto, di dialogo e di contraddittorio con il gestore che si è perpetrato per un lungo periodo di tempo, oltre alla fase di instaurazione delle procedure innanzi al Corecom Marche. Infatti, l'operatore nel corso delle procedure di conciliazione e durante le udienze di discussione ha semplicemente sostenuto la violazione delle Condizioni generali di contratto senza spiegare le modalità di rilevazione del parametro indicato e senza dare alcuna prova del consumo fatto dal cliente. E', inoltre, fatto notorio che in seguito al lancio dell'offerta Giga Unlimited Reward dell'operatore 1Mobile, diversi utenti hanno riscontrato un blocco della navigazione per uso anomalo per violazione di alcuni parametri non chiari in termini di volume di consumo e molti clienti hanno avviato contenziosi contro l'operatore tramite la piattaforma digitale Conciliaweb dell'Agcom. Sotto il citato profilo la giurisprudenza dei Corecom è unanime nel ritenere che "gli utenti hanno diritto ad essere informati in modo chiaro, esatto e completo delle specifiche tecniche ed economiche dei servizi, nonché delle relative modalità di fornitura, poiché solo in questo modo viene realmente tutelato il diritto di scelta dell'utente e la conseguente possibilità di orientamento verso una diversa offerta commerciale. La trasparenza delle condizioni generali ed economiche di offerta dei servizi telefonici è parte sostanziale del gioco competitivo dei mercati, senza la quale il consumatore non può fare scelte ottimali e consapevoli, e beneficiare della concorrenza" (v., per tutte, Delibera numero 15/2017 Corecom Marche).

Pertanto, in ordine al disservizio subito dall'utente deve essere riconosciuto allo stesso un indennizzo per mancata trasparenza contrattuale che può essere equitativamente liquidato in euro 200,00 (duecento/00). Si ritiene di non accogliere la richiesta di cui al punto sub 2) relativa alla riattivazione immediata della SIM dati con il consumo illimitato come da opzione attivata poiché la presente Autorità non può imporre obblighi di fare all'operatore e perché tale tipologia di offerta non è al momento rinvenibile sul mercato.

DETERMINA

- 1Mobile (Compagnia Italia Mobile XXX), in parziale accoglimento dell'istanza del 08/02/2021, è tenuta a :

- restituire, a decorrere dal 22 ottobre 2020, cioè dalla presentazione dell'istanza di conciliazione, tutte le ricariche pagate nel corso dei mesi per l'opzione "Giga Unlimited Reward" pari ad euro 14,99 (quattordici/99) mensili;
- riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, la somma di euro 100,00 (cento/00), a titolo di indennizzo per la sospensione amministrativa dell'offerta attivata;
- riconoscere in favore dell'istante, tramite assegno bancario o bonifico, la somma di euro 200,00 (duecento/00), quale indennizzo per mancata trasparenza contrattuale.

Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 98, comma 11, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, come richiamato dall'articolo 20, comma 3, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Resta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il riconoscimento del maggior danno, ai sensi dell'articolo 20, comma 5, del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche di cui all'Allegato A alla delibera 203/18/CONS.

Il presente atto può essere impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, in sede di giurisdizione esclusiva, entro 60 giorni dalla notifica dello stesso.

La presente determina è comunicata alle parti attraverso la piattaforma ConciliaWeb e pubblicata sui siti web dell'Autorità e del Corecom.

Il Responsabile della Struttura

Maria-Rosa Zampa

(firma autografa omessa ai sensi dell'art. 3 del D.lgs. n. 39/1993)